

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MULTAS EN LA LEY N° 19.886

THE LEGAL NATURE OF FINES IN LAW N° 19.886

****Maurd Oyarzo Torres¹

Resumen

Al no existir una determinación clara de la naturaleza jurídica de las multas en la ley N° 19.886, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República indica que se trata de una cláusula penal y parte de la doctrina defiende que es una sanción administrativa. Este trabajo presenta ambas teorías.

Palabras clave: elementos de la contratación administrativa – principios de la contratación administrativa – multas – naturaleza jurídica de las multas

Abstract

Because there is not a clear explanation for the legal nature of the penalty fee contained in the law N° 19.886, the General Comptroller of the Republic jurisprudence says it is related to a penalty clause, but part of the legal doctrine defends that it belongs to an administrative sanction. Therefore, this work exposes both theories.

Keywords: elements of administrative contracting – principles of administrative contracting – penalty fee – legal nature of fines

¹ Abogado de la Universidad de Las Américas, magíster en Derecho Público de la Universidad Central de Chile, abogado de Gendarmería de Chile. El artículo es un extracto modificado y actualizado de la tesis de magíster en Derecho Público: «La naturaleza jurídica de las multas en la ley N° 19.886», aprobada en 2023 por la Universidad Central de Chile con distinción unánime.

1. Introducción

Durante el año 2022 los organismos públicos registraron transacciones en la plataforma www.mercadopublico.cl por más de USD 15.000.000.000², representando un área crítica de la gestión del Estado, donde las contrataciones públicas son una herramienta indispensable para que la Administración pueda cumplir con los fines y de esa manera satisfacer las necesidades de la sociedad (Raigorodsky, 2007).

En consideración a lo anterior, uno de los privilegios de los que goza la Administración durante la ejecución de un contrato es la aplicación de multas. Este poder sancionador de la Administración se debe hacer valer a causa del incumplimiento del contrato o del retraso en su ejecución, facultad exorbitante que se encuentra en manos de la Administración (Bermúdez Soto, 2010).

Por la importancia que representan las compras públicas, es pertinente analizar la naturaleza jurídica de las multas dispuestas en la ley N° 19.886 y su reglamento, a raíz de las tesis sustentadas por la Contraloría General de la República y la Corte Suprema.

La doctrina seguida por algunos autores nacionales señala que la contratación pública posee una identidad triple, ya que en primer lugar promueve y protege la competencia entre los diversos agentes económicos; en segundo lugar, permite a la Administración del Estado obtener mejores condiciones económicas para la satisfacción de sus necesidades; y finalmente limita a la Administración para ajustar sus actuaciones a derecho a través del control en el que participan activamente los administrados (Díaz Bravo & Rodríguez Letelier, 2016).

La doctrina, la jurisprudencia administrativa y judicial no encuentran puntos de unión para determinar la naturaleza jurídica de las multas en la ley N° 19.886. Para la Contraloría General de la República y para la Corte Suprema, el fundamento que origina las multas es un incumplimiento contractual y no una infracción, por lo que su naturaleza jurídica no sería una sanción administrativa, como lo manifiesta parte de la doctrina, sino una cláusula penal de origen contractual. En la vereda opuesta, se sostiene que el ejercicio del poder sancionador de la Administración es de naturaleza potestativa, es decir, es una sanción administrativa, mas no una indemnización de perjuicios, negándose que a las multas les sean aplicables los atributos o prerrogativas de los actos administrativos, esto es, presunción de legalidad, imperatividad, exigibilidad y ejecución de oficio (Flores Rivas, 2021).

2 Para más información remítase a Chilecompra: <https://www.chilecompra.cl/cuenta-publica-chilecompra/>

La tesis que propone el órgano de control es seguida por autores argentinos, como Ismael Ferrando y chilenos como Camilo Lledó Veloso y José Pardo Donoso, que circunscriben el poder sancionatorio de la Administración, en materia contractual, a un acuerdo de voluntades regulado por el derecho privado, o sea, la ley del contrato como fuente de sanción. Esto para los autores que sustentan la tesis opuesta, supone la huida de los controles del derecho administrativo siendo reemplazados por las normas civiles (Flores Rivas, 2021).

La importancia del análisis que se presenta en esta investigación radica principalmente por la incertidumbre que existe respecto de la naturaleza jurídica de las multas en la ley N° 19.886, sobre todo en contratos de gran importancia que impactan al patrimonio fiscal y a los ciudadanos, transformándose en un asunto de política pública (Lledó Veloso & Pardo Donoso, 2015).

La presente investigación se inicia estudiando los elementos que forman parte de un contrato administrativo, para lo cual se presentarán definiciones tanto de la doctrina chilena como de la comparada y los principios que regulan la disciplina.

Determinado lo anterior, el trabajo en el capítulo segundo examina las diversas hipótesis acerca de la naturaleza jurídica de las multas, efectuándose un estudio jurídico en torno al sistema de multas y si a estas les son aplicables, conforme a sus potestades exorbitantes y discrecionales, solo el artículo 1.535 del Código Civil, las bases, los términos de referencia y el respectivo contrato, o bien, debe ejercerse el *ius puniendi* o potestad sancionadora del Estado.

Finalmente y luego de estudiar ambas teorías que se han presentado acerca de la naturaleza jurídica de las multas, el capítulo tercero finalizará observando la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y lo resuelto por la Corte Suprema.

2. Elementos de la contratación administrativa

2.1. Concepto de contrato administrativo

Roberto Dromi señala que «se entiende por contratación pública a toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa» (2009: 453).

Silva Cimma, por su parte, indica que «el contrato administrativo es el acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular u otro órgano

de aquella, que persigue un fin público, y se somete a las reglas del derecho público» (1995: 174).

Jorge Bermúdez Soto define el contrato administrativo como un:

acuerdo de voluntades entre organismos de la Administración del Estado que actúa dentro de su giro y tráfico propio administrativo y en ejercicio de sus competencias específicas, y un administrado u otro organismo público que actúa como particular y no dentro de sus competencias específicas, que tienen por objeto la satisfacción de necesidades públicas, produciendo entre ellas derechos y obligaciones (Bermúdez Soto, 2010: 141).

Juan Carlos Flores Rivas indica que:

el contrato administrativo se configura como un acuerdo de voluntades entre la Administración del Estado y un particular, sea persona natural, sea persona jurídica quien asume la calidad de cooperador del Estado en el marco de un acuerdo público-privado, que tiene como objetivo principal la satisfacción directa o indirecta de las necesidades públicas de los ciudadanos (Flores Rivas, 2016: 47).

Por su parte, Nancy Barra Gallardo y Gabriel Celis Danzinger explican que la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha sostenido en los dictámenes N°s. 29.401, de 1984, 12.251, de 1993, y 46.532, de 2000, que la expresión contrato administrativo, para efectos del artículo 9° de la ley N° 18.575, se entiende con un alcance amplio, en el sentido de que «abarca los diversos tipos de contratos que celebren los entes de la Administración, tanto en el ámbito de sus potestades exorbitantes como en el de su actuación en un plano de igualdad con los particulares» (Barra Gallardo & Celis Danzinger, 2018: 2).

Jaime Arancibia Mattar (2019), analizando la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, nos presenta un punto de vista interesante que no puede ser pasado por alto. El autor cuestiona la institución del contrato administrativo y la sustituye por los actos administrativos de efectos bilaterales.

Arancibia Mattar sostiene que los contratos son más bien actos administrativos regidos por la justicia distributiva y no acuerdos sometidos a la justicia conmutativa. Afirmar que son actos administrativos, ya que el origen de la relación jurídica es unilateral y potestativo, y no bilateral y consensual. Agrega que el fundamento del equilibrio económico de las partes no es justificación

conmutativa como en los contratos privados, sino distributiva, y la vigencia del equilibrio económico no está condicionada a su reconocimiento legal o contractual, sino que es exigida directamente por la Constitución en virtud del imperativo de igualdad ante los bienes y cargas públicas³.

En consecuencia, como señala Bermúdez Soto (2010), los elementos que determinan si estamos o no en presencia de un contrato administrativo son:

- a) Una de las partes es una Administración pública.
- b) Deben existir en dicho contrato cláusulas de carácter exorbitantes. Es decir, determinadas cláusulas que colocan a la Administración pública en una situación de privilegio respecto de la otra parte.
- c) El objeto del contrato será siempre la satisfacción de una necesidad pública.
- d) La Administración pública que contrata lo hace dentro de su giro y tráfico propio, es decir, el estrictamente administrativo.

Se sostiene que la Administración en ninguna circunstancia contratará en peores condiciones que un particular en condiciones normales u ordinarias, esto independiente del mecanismo que se utilice, ya sea concurso público o contratación directa. En este último caso, que puede traducirse en una situación de imperiosa necesidad⁴, se podría concretar a través de un trato o contratación directa a raíz de una situación apremiante o que merezca actuar con rapidez para satisfacer la necesidad pública, lo que no significa que la Administración se vea vulnerada, al contrario, se podría modificar el concepto de prestaciones equivalentes (Díaz Bravo & Rodríguez Letelier, 2016).

Las cláusulas exorbitantes que se contienen en el contrato administrativo no restringen ni mucho menos limitan a la Administración del Estado, ya que esa potestad es irrenunciable y amplían y fortalecen la posición contractual.

3 Sobre este punto Jorge Arancibia Mattar critica abiertamente a Gaston Jèze, quien distingue entre contratos administrativos y privados de la Administración, dependiendo de si conceden o no un servicio público, señalando que esta doctrina de fines del siglo XIX reduce lo administrativo a la actividad prestacional del Estado, olvidando que la finalidad de los contratos regidos en parte por normas de derecho privado es también esencialmente administrativa y de interés público, como el fenómeno de actividades privadas, el Estado empresario o la organización administrativa. Señala que, bajo esta perspectiva finalista o funcional, todo contrato celebrado por la Administración es intrínsecamente administrativo y jamás privado, con prescindencia de las normas que rigen el intercambio obligacional. Agrega que negar la naturaleza pública de un contrato de la Administración regido parcialmente por la legislación privada equivale a negar que el fin esencial y último de todo acto estatal es asegurar el bien común.

4 Entre las causales de trato directo, se contemplan los casos de urgencia, emergencia o imprevisto (decreto N° 250, 2004, artículo 10, N° 3).

2.2. Principios de la contratación administrativa en la ley N° 19.886

2.2.1. Libre concurrencia de los oferentes

El principio de libre concurrencia de los oferentes está regulado en el artículo 9° de la ley N° 18.575, que señala: «el proceso concursal estará regido por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo...».

El principio de libre concurrencia de los oferentes consiste en que la Administración no ponga más restricciones o limitaciones que las expresamente dispuestas en la ley (Moraga Klenner, 2019).

Juan Carlos Flores Rivas (2021) explica que aquel tiene un origen constitucional, que se puede reconocer en disposiciones de la Constitución de 1980. Este principio es una demostración de la función colaborativa que les corresponde a los particulares respecto de los cometidos estatales, siendo una manifestación de la subsidiariedad y servicialidad del Estado. El autor indica que el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución de 1980, fija la regla básica sobre la igualdad ante el derecho, ya que dispone que las personas nacen libres en igualdad y derechos (Flores Rivas, 2021). Este reconocimiento les permite participar en condiciones equitativas en los beneficios económicos, sociales y culturales que brinda el Estado a los particulares. Agrega de igual modo que el artículo 19, N° 22, de la carta fundamental, le impone al Estado la prohibición de efectuar discriminaciones arbitrarias en materia económica, detallando que aquello implica garantizar y fomentar la máxima participación posible en la contratación administrativa. Señala, además, que, conforme a este principio, el Estado se encuentra obligado a remover todo obstáculo que impida un libre acceso a todos los ciudadanos a participar en igualdad de condiciones en las licitaciones públicas (Flores Rivas, 2021).

Tal como lo expresa Luis Cordero Vega (2015), este principio explica que toda persona es un potencial contratante del Estado, por cuanto tiene el derecho de participar en un llamado de licitación pública, pero además implica que no es posible, sin afectar este principio, prorrogar indefinidamente los contratos administrativos, pues este principio garantiza finalmente una adecuada competencia.

Es así como el artículo 12 del decreto N° 250 limita las opciones de renovación de los contratos administrativos regidos por la ley N° 19.886 a solo una vez, siempre y cuando existan motivos fundados para establecer este tipo de cláusulas, y así lo hubieren mencionado las bases o el contrato.

La Contraloría General de la República señala que este principio implica la exigencia de una racionalidad debida. Sobre este punto en particular se sostiene que:

un posible comportamiento administrativo que, por defectos subsanables, excluyera ofertas e impidiera una eficiente comparación de los precios del mercado, importaría caer en el

clásico error que hace ya muchos años denunciara un autor como la racionalidad irracional de la Administración... corresponde pues evitar actitudes formalistas, buscando subsanar irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta... la Administración tiene la obligación de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, ya que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado... si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado o bien ni siquiera eso será necesario, en caso de que resulte una falta muy leve (dictamen N° 14.133, 2002).

En consecuencia, el principio de libre concurrencia de los oferentes permite considerar las ofertas de todos los proponentes que han cumplido con las condiciones establecidas por la Administración en un concurso público, evitándose que por errores sin trascendencia y no esenciales queden fuera de concurso (Barra Gallardo & Celis Danzinger, 2018).

2.2.2. Igualdad de los oferentes ante las bases

Este principio, reconocido igualmente en el artículo 9° de la ley N° 18.575, implica que, desde el inicio del proceso de licitación, pasando por la adjudicación del contrato y durante su ejecución, todos los oferentes se encuentren en la misma situación (Bermúdez Soto, 2014).

Conforme lo señala Juan Carlos Flores Rivas (2021), existe una estrecha relación entre igualdad y licitación, ya que, por una parte, el Estado licitante debe proceder en todas las etapas de la licitación pública, tratando a todos los oferentes de manera objetiva con las mismas exigencias jurídicas. Además de aquello, esta relación estrecha obliga a la entidad licitante a crear bases de licitación racionales, sensatas y no caprichosas, es decir, bases que no impidan a los particulares a participar de los procesos de contratación, mediante condiciones objetivamente posibles de cumplir para los actores que intervienen en un determinado mercado proveedor de bienes o servicios.

Este principio implica, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, un deber de imparcialidad respecto de los participantes del procedimiento concursal. En este sentido el órgano de control explica que se deben establecer condiciones impersonales que permitan ser evaluadas sobre la base de criterios objetivos de aplicación general (dictamen N° 72.044, 2016).

Por ello, las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros (ley N° 19.886, artículo 6°).

De acuerdo con Juan Carlos Flores Rivas (2021), este principio admite dos interpretaciones, una que se debe realizar en términos estrictos durante la etapa de selección del futuro contratante y otra durante la etapa de ejecución contractual. En la primera, que es la etapa de selección de los oferentes, este principio tiene como objetivo que todos los participantes de la licitación se rijan por las mismas reglas, no aceptándose ventajas para unos en desmedro de otros. En la segunda etapa, que comprende la ejecución del contrato, el principio de igualdad de los oferentes debe ser interpretado de manera menos rígida y finalista, ya que el contrato puede ser susceptible de modificaciones con el propósito de aumentar el estándar de prestación de servicios, en beneficio de los usuarios de los mismos, sin infringir el principio ni conferir ventajas indebidas en forma sobreviniente (Flores Rivas, 2021). Estas alteraciones deben ser motivadas e implicar un mejoramiento sustantivo de los niveles de calidad de los servicios que presta el contrato (Flores Rivas, 2021).

El Tribunal Constitucional en 2022 concluyó que, de acuerdo al principio de igualdad ante las bases, el organismo debe tratar a todos los interesados del mismo modo, eligiendo la propuesta que resulte objetivamente más conveniente (rol N° 12.159, 2021).

2.2.3. Principio de estricta sujeción a las bases

El principio de estricta sujeción a las bases se encuentra consagrado en el artículo 9° de la ley N° 18.575, según el cual los procesos concursales se rigen por el principio de igualdad ante las bases, y en el artículo 10 de la ley N° 19.886 que señala que los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen.

Este principio tiene su razón de ser en que las bases constituyen la principal fuente de derechos y obligaciones de los oferentes (Celis Danzinger, 2018), garantizando la imparcialidad de la Administración dentro del concurso público (Bermúdez Soto, 2014). Este es un mandato de interpretación y aplicación estricta de las bases, toda vez que las bases establecen las condiciones generales, especiales, técnicas y económicas que deben consignar las ofertas, para que estas puedan ser declaradas admisibles, y para que las ofertas que las entidades acepten puedan ser sometidas a comparación (Flores Rivas, 2021).

La aplicación de este principio supone para la Administración la prohibición de modificar las bases del concurso una vez que estas hayan sido abiertas (Bermúdez Soto, 2014), constituyéndose —como señala la Corte Suprema citando a Claudio Moraga Klenner— en una verdadera ley del contrato, por cuanto en ellas se manifiestan las estipulaciones contractuales y se establecen cláusulas que son fuente principal de derechos y obligaciones tanto de los intervinientes en la licitación como de las partes en la contratación (rol N° 1.126, 2015).

El Tribunal de Contratación Pública, por su parte, considera que el principio de estricta sujeción a las bases tiene general aplicación respecto de todo procedimiento de contratación administrativa y es la base de certeza para los participantes en las licitaciones, porque las reglas de estas no serán alteradas (rol N° 92, 2011).

Para la Contraloría General de la República este principio implica que:

las bases que rijan el concurso deben ser observadas de modo irrestricto, y constituyen el marco jurídico aplicable a los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los oponentes al correspondiente certamen, al que tienen que deben ceñirse obligatoriamente las partes que participan en un proceso de esa naturaleza, a fin de respetar la legalidad y transparencia que deben primar en los contratos que celebre aquella (dictamen N° 91, 2021).

Se ha planteado por la doctrina que el principio de estricta sujeción a las bases impone las siguientes obligaciones:

- a) Inalterabilidad de los pliegos de condiciones, porque todo el proceso de licitación, ejecución y celebración del contrato debe observarlo, pues las bases de licitación constituyen la matriz contractual o la sustancia obligacional rectora de los efectos jurídicos del vínculo (Dromi, 2010).
- b) Las ofertas presentadas por los proponentes deben compararse con el resto de los oferentes.
- c) El resto de los plazos establecidos para el desarrollo del proceso.
- d) La Administración debe regirse por el procedimiento de selección establecido en las bases de licitación.
- e) La confidencialidad de la oferta hasta su apertura.
- f) La publicidad de todo el proceso licitatorio.
- g) Conocer las ofertas de los demás proponentes una vez realizado el acto de apertura.
- h) Comunicación de los errores formales de las ofertas (Abarca Muñoz, 2013).

Sin perjuicio de todo lo anterior, el principio de estricta sujeción a las bases presenta atenuaciones en su aplicación, que son de índole práctica. En este sentido, podemos afirmar que, bajo una interpretación finalista, las ofertas, aun cuando presenten errores, pueden ser admitidas al diálogo competitivo, guardado una estrecha relación con el principio de no formalización (Flores

Rivas, 2021) que se consagra en el artículo 13 de la ley N° 19.880. Es decir, no es admisible que, por errores sin trascendencia y no esenciales, los oferentes queden fuera de concurso (Celis Danzinger, 2018).

La Contraloría General de la República ha señalado expresamente que prescindir de una oferta que presenta errores sin trascendencia y no esenciales es una vulneración al principio de libre concurrencia de los participantes. El órgano de control considera que mientras más numerosas sean las ofertas válidas que concurren a una licitación, mayor es el ámbito de acción de la Administración para elegir la propuesta más satisfactoria al interés público (dictamen N° 72.362, 2014).

3. Naturaleza jurídica de las multas en la ley N° 19.886

Existen dos posiciones contradictorias acerca de la naturaleza jurídica de las multas en el contrato de provisión de bienes y servicios regulado por la ley N° 19.886. Se ha dejado al arbitrio o creatividad de la Administración la determinación de los elementos, del procedimiento y finalmente de los límites en las respectivas bases de licitación (Lledó Veloso & Pardo Donoso, 2015), debido principalmente a la ausencia de regulación legal sobre la materia.

Como se indica anteriormente, la multa se encuentra establecida en las respectivas bases administrativas que regulan el concurso público. En ese cuerpo normativo, la autoridad administrativa expone cuál será la sanción del proveedor del bien o servicio que no ha dado cumplimiento a lo prescrito en el pliego de condiciones.

Es así como se entiende por bases administrativas:

Documentos aprobados por la autoridad competente que contienen, de manera general o particular, las etapas, plazos, mecanismos de consulta o aclaraciones, criterios de evaluación, mecanismos de adjudicación, modalidades de evaluación, cláusulas del contrato definitivo, y demás aspectos administrativos del proceso de compras (decreto N° 250, 2004, artículo 2°, N° 3).

Asimismo, se otorga la facultad a la Administración para aplicar multas, indicando que aquello debe estar previamente establecido en las bases y en el contrato (decreto N° 250, 2004, artículo 79 ter).

La potestad sancionadora en materia contractual consiste en la facultad de la Administración para aplicar sanciones sin recurrir a un órgano jurisdiccional si el contratista no cumple las condiciones o plazos, de acuerdo al cronograma establecido en las bases o el contrato (Celis Danzinger, 2019).

Para asegurar el cumplimiento de la finalidad pública envuelta en el contrato administrativo, el legislador atribuye como una prerrogativa exorbitante a la Administración del Estado la posibilidad de dar por terminado el contrato administrativo unilateralmente ante la ocurrencia de determinados hechos regulados en la ley, o en el contrato mismo, que constituyen incumplimientos específicos a las obligaciones esenciales del contrato imputables al contratista particular. Generalmente, dicha forma de extinción de los contratos administrativos se conoce como caducidad administrativa, por cuanto los derechos del contratista insertos en el contrato se extinguen por el incumplimiento condicional de alguna de las obligaciones esenciales del mismo (Flores Rivas, 2017).

Una de las cuestiones fundamentales que deben dilucidarse acerca del poder sancionatorio del Estado, en el ámbito de la contratación administrativa, es si este tiene una verdadera naturaleza contractual o si, por el contrario, es simple ejercicio unilateral del poder público. A nivel comparado, la doctrina uniforme argentina consideraría que se trata de una facultad que se origina en el común acuerdo de los contratantes; se trata, como dice Ferrando, de conocer la «ley del contrato» como fuente de sanción (Moraga Klenner, 2007). Los defensores de la tesis privatista indican que es beneficioso que el poder sancionador no tenga naturaleza potestativa, por cuanto los plazos de prescripción a los que están sujetas las multas es de cinco años, al igual que las acciones ordinarias –interpretación sistemática de los artículos 2.497 y 2.515 del Código Civil– (Flores Rivas, 2021).

Por su parte, están aquellos como Gabriel Celis Danzinger (2019) quienes señalan que, en el ámbito de la contratación administrativa, el ejercicio del poder sancionador de la Administración es de naturaleza potestativa, es decir, consiste en una sanción administrativa y no en una indemnización de perjuicios propia de la responsabilidad contractual, afirmando que la sanción no tiene su origen en el acuerdo de voluntades, descartando que su naturaleza jurídica sea contractual.

A continuación, analizamos tanto la tesis privatista como aquella tesis que sostiene que la naturaleza jurídica de las multas es una infracción propia del derecho administrativo sancionador.

3.1. Las multas como incumplimiento contractual

Bajo esta teoría, las partes –la Administración y el particular– actúan en un plano de igualdad, donde se ejercen derechos y no potestades, es decir, se trataría de una cláusula penal de índole civil (Lledó Veloso & Pardo Donoso, 2015) regulada en el artículo 1.535 del Código Civil.

De acuerdo a la definición que nos entrega Juan Andrés Orrego Acuña, se entiende por cláusula penal «el pacto en virtud del cual se estipula una prestación a cargo del deudor y en favor del acreedor, representativa de la evaluación anticipada de los perjuicios y para el caso de incumplimiento en cualquiera de sus formas» (2022: 97). El autor menciona que esta evaluación convencional tiene la ventaja de fijar desde ya el monto de los perjuicios que sufrirá el acreedor en caso de incumplimiento por el deudor; de igual forma, por emanar de la voluntad de las partes –de acuerdo al artículo 1.545 del Código Civil– es una ley para los contratantes, que debe prevalecer sobre toda otra liquidación⁵ (Orrego Acuña, 2022).

Es habitual ver en las bases de licitación de los servicios públicos un tratamiento especial y en detalle de las multas⁶, evaluándose anticipadamente el perjuicio por parte de la Administración. Lo que resulta curioso es que ni en la ley N° 19.886

5 La naturaleza jurídica de la cláusula penal:

- 1) Es una obligación accesoria, tanto porque depende de una obligación principal, cuanto porque asegura su cumplimiento.
- 2) Es una obligación accesoria condicional: depende de un hecho futuro e incierto, consistente en el incumplimiento de la obligación principal. Es una condición suspensiva, expresa, potestativa y negativa (Orrego Acuña, 2022).

6 Un ejemplo de cláusula penal que se incluye habitualmente en las bases de licitación es el siguiente:

En casos de incumplimiento, así como de cumplimiento imperfecto, parcial o tardío del contrato, debido a causas imputables al proveedor, el servicio cobrará, una multa por cada día de atraso, equivalente al 0,5 % del monto total del contrato, sin IVA.

Transcurridos 10 días corridos en que se haya estado aplicando dicha multa, el servicio podrá, a su arbitrio, mantener la aplicación de dicha multa por otros 10 días corridos más, o resolver administrativamente el contrato, en cuyo caso se procederá al cobro íntegro de la garantía por fiel y oportuno cumplimiento del mismo.

En todo caso, transcurridos 20 días corridos desde que se haya estado aplicando la multa, el servicio resolverá administrativamente el contrato, aplicando las sanciones correspondientes. Con todo, la aplicación de las multas al proveedor no podrá exceder del 20 % del monto total de la contratación, IVA incluido. Si excediere dicha cantidad, el servicio podrá ponerle término anticipado a la contratación, de conformidad con lo dispuesto en las presentes bases.

La aplicación de esta multa se efectuará por el servicio administrativamente, sin forma de juicio y, en el evento de que el proveedor no la pague, se cobrará de los pagos que se encuentren pendientes; si no existen pagos pendientes, se cobrará del documento de garantía que hubiese entregado el proveedor, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan para el debido resguardo del interés fiscal.

Si se ejecutare el pago de la multa sobre la garantía, antes de su cobro, se le debe solicitar al proveedor que entregue una nueva garantía al servicio por el mismo monto y característica de la primitiva dentro del plazo de 15 días hábiles contado desde la respectiva notificación; sin perjuicio de las acciones legales que correspondan para el debido resguardo del interés fiscal. No se aplicará multa si el atraso es imputable al servicio, o si ha ocurrido por caso fortuito o fuerza mayor.

El servicio a través de la unidad de finanzas comunicará la respectiva multa al proveedor, sin indicar el monto de la misma, el cual podrá reclamar la situación verificada y los días de multas que se le imputan al servicio dentro de los 5 días hábiles siguientes de la referida notificación. La presentación deberá efectuarse en la oficina de partes del servicio, ubicada en XX, comuna de XX, región Metropolitana.

El servicio resolverá la reclamación presentada, acogiendo los fundamentos dados por el proveedor, o bien se rechazará confirmando la multa respectiva.

En definitiva, en el caso de que el servicio determine cursar multa, ya sea total o parcialmente, se notificará al proveedor el acto administrativo respectivo, en la forma y dentro del plazo establecido en el artículo XX de las presentes bases, acto administrativo respecto del cual, el proveedor podrá ejercer las acciones contempladas en la ley N° 19.880. El plazo para pagar la multa será de 10 días corridos, contado desde la mencionada notificación.

ni en su reglamento se define o especifica la naturaleza jurídica de las multas, así como se tampoco se regula el monto de aquella⁷. Sin embargo, aun cuando el legislador no mencionó expresamente el monto, es importante recalcar que las multas deben tener un tope para no transformar en excesivamente gravosos los efectos de eventuales incumplimientos contractuales (Lepe Uribe & Mirosevic Verdugo, 2020).

Jorge Bermúdez Soto justifica la aplicación supletoria de las normas del derecho privado para copar los vacíos normativos que se presentan en las normas del derecho público, señalando, a propósito de las zonas de fricción del derecho administrativo, que:

el derecho administrativo se aplica siempre a la Administración pública, salvo que actúe como sujeto sometido al derecho común... Un problema que presentan estas zonas de fricción es el de la integración de las lagunas, es decir, si procede llenar tales vacíos en el derecho administrativo con las normas del derecho general. Resulta difícil dar aquí una respuesta a este problema, no obstante, un criterio de seguridad jurídica, sumado a la referida precariedad normativa de nuestro derecho administrativo, debiera llevarnos a optar por la afirmativa (Bermúdez Soto, 2010: 18).

Importante es destacar que, a la luz de la teoría privatista, se afirma que las multas por incumplimiento contractual no tendrían la naturaleza jurídica de sanciones administrativas, ya que como lo señala la doctrina administrativa, la multa no se encuentra determinada en el ordenamiento jurídico, sino que está —como dijimos anteriormente— entregada al arbitrio de las bases administrativas que regulan cada concurso.

Los seguidores de la tesis privatista sostienen que las sanciones administrativas, para que sean consideradas como tales, deben cumplir ciertos requisitos, como:

- a) encontrarse determinadas en el ordenamiento jurídico;
- b) la retribución negativa consiste en la privación o restricción de derechos;
- c) la consecuencia es que se impone por una Administración pública contra un administrado; y

7 El artículo 11, inciso tercero, de la ley N° 19.886, se refiere a las multas como garantías exigidas para contratar, señalando «con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas». En el reglamento tampoco se encuentra claridad respecto del tratamiento de las multas, donde solo en el artículo 23, N° 4, podría entenderse como referencia a las multas: «las bases podrán contener, en lenguaje preciso y directo... 4. Cualquier otra materia que no contradiga disposiciones de la ley de compras y el reglamento».

- d) el infractor es declarado responsable de las consecuencias derivadas de la comisión de una infracción administrativa, en virtud de un procedimiento administrativo previo (Bermúdez Soto, 1998).

Parte de la doctrina que critica la idea de que las multas contractuales son cláusulas penales, opina que la Contraloría General de la República no efectuó un análisis profundo respecto de la naturaleza jurídica de la multa contractual (Flores Rivas, 2021), afirmación que, según consideramos, es errónea, por cuanto el fundamento doctrinal para sostener que las multas contractuales no son sanciones administrativas se indicó precedentemente, debido a que para ser consideradas como tales debieran estar establecidas en la ley, situación que, en la especie, no ocurre, por cuanto su ejercicio no es una manifestación de una potestad administrativa.

En consecuencia, se puede afirmar que la fuente y el origen de las multas no está en la ley, sino en el acuerdo de voluntades, tratándose de un mecanismo de anticipación convencional de los eventuales perjuicios derivados del incumplimiento contractual (Flores Rivas, 2021).

3.2. Las multas como infracción administrativa

Revisada la tesis anterior importa ahora conocer lo sostenido por otra parte de la doctrina, que manifiesta que la naturaleza jurídica de las multas puede ser analizada desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador.

Esta tesis señala que la aplicación de una multa se deriva del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y es reactiva a lo sostenido por la Contraloría General de la República. Esta doctrina (Lara Arroyo & García Huidobro Herrera, 2014) sostiene principalmente que:

- a) La posición de la Contraloría es errónea y distante de la noción de justicia que subyace a todo contrato administrativo. Sobre este punto, Lledó Veloso y Pardo Donoso (2015) afirman que esto es importante, porque la Contraloría ha cumplido un rol de defensa de los derechos de las personas frente a posibles arbitrariedades e ilegalidades en el proceder de la Administración, causándose indefensión a los contratantes particulares.
- b) La posición de la Contraloría es errónea, ya que aplica sin matiz el derecho privado, sin considerar los principios y directrices sobre los cuales se sustenta la contratación administrativa, vulnerándose el artículo 1º, inciso primero, de la ley N° 19.886, al señalar la supletoriedad, en primer lugar, de las normas de derecho público, y, en defecto de ellas, las normas del derecho privado;
- c) Al admitirse la procedencia de la cláusula penal del Código Civil, se vulneraría la esencia del contrato administrativo.

- d) Por ende, estas sanciones serían una manifestación del *ius puniendi* estatal, porque la multa administrativa se materializa en un acto administrativo de gravamen o de contenido desfavorable, restringiendo derechos patrimoniales de las personas, al exigirles pagar una suma de dinero como consecuencia de un ilícito contractual.

Flores Rivas (2021) argumenta que lo sostenido por la tesis privatista, esto es, darles a las multas el mismo tratamiento que a las cláusulas penales, tiene como objetivo despojar a la Administración del régimen de prerrogativas exorbitantes de los contratos administrativos, pretendiéndose que la multa contractual quede desprovista de toda formalidad procedimental y ejecutividad. El autor opina que la referencia al derecho privado es solo conveniencia funcional, para no considerar las reglas y principios que se aplican a las actuaciones administrativas, al afirmar que la multa se ejecuta en razón de una cláusula contractual y no de una potestad pública.

El mismo Flores Rivas (2021) señala que la celebración de un contrato público no deroga ni contractualiza la potestad sancionadora unilateral de la Administración, por lo tanto, las sanciones en los contratos administrativos deben ser estudiadas desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador.

Esta doctrina impulsa la idea de ir en defensa de los particulares que contratan con la Administración, contravirtiendo la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y, con ello, limitando la discrecionalidad del Estado, ya que entender las multas como sanción administrativa conllevará a que la Administración tenga que adoptar una serie de resguardos tanto formales –al momento del procedimiento administrativo– como de fondo –aplicación de principios de derecho administrativo y derecho penal–, que limitarían su ejercicio y aplicación (Lledó Veloso & Pardo Donoso, 2015).

La doctrina señala que la multa contractual está sujeta de manera exclusiva a las reglas del derecho público, ya que estas son el fruto del ejercicio de una potestad pública exorbitante que está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico respecto de los contratos administrativos.

Juan Carlos Flores Rivas (2021) argumenta que las multas deben sujetarse a principios del derecho administrativo y, para fundamentar tal aseveración, cita a la autora Dolores Ruffán Lizana quien opina que «las multas en los contratos administrativos están sujetas a los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, temporalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia»⁸.

8 Juan Carlos Flores, siguiendo la tesis de Dolores Ruffán Lizana, señala que, en cuanto al principio de legalidad, las multas contractuales deben sustentarse en una habilitación legal expresa que regule la potestad sancionadora, no admitiéndose la creación por norma infralegal ni por el contrato de multas sin sustento legal expreso, sin perjuicio de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha permitido la colaboración reglamentaria, siempre que el legislador establezca el núcleo esencial de la infracción y la sanción con la cual se vincula.

En cuanto a la legalidad, analizado como principio limitador de la actividad administrativa, se indica que las multas señaladas en los contratos deben sustentarse en una norma jurídica de manera expresa, impidiéndose que a través de una norma infralegal –las bases de licitación o el contrato– se pueda ejercer la potestad sancionadora (Flores Rivas, 2021). Se manifiestan de manera contraria Lledó Veloso y Pardo Donoso (2015) al afirmar que, a diferencia del derecho penal donde la tipificación debe ser legal, la tipificación podría emanar de una norma de rango inferior, siempre que esta cumpla con una ley que permita tal regulación.

Sin embargo, un argumento para afirmar que las multas no serían una manifestación del derecho administrativo sancionador es el hecho de que la sanción administrativa –en este caso, la multa que se fija en las bases o en el contrato– no está establecida en una norma jurídica general y abstracta que tenga, a lo menos, un rango legal de reglamento (Lledó Veloso & Pardo Donoso, 2015), como sí ocurre, por ejemplo, en el contrato de obra pública⁹.

9 El decreto N° 75, de 2004, determina claramente el procedimiento y el monto que deberá pagar el contratista ante un incumplimiento. Es así como los siguientes artículos regulan el tratamiento de las multas:

Artículo 111. El contratista deberá someterse a las órdenes del inspector fiscal... El incumplimiento de cada orden será sancionado con una multa diaria aplicada administrativamente, durante el lapso en el cual no sea acatada, de 0,5 a 3 unidades tributarias mensuales, en los contratos del Registro de Obras Menores y de 3 a 8 unidades tributarias mensuales en los del Registro de Obras Mayores o de un Registro Especial, salvo que las bases administrativas establezcan condiciones distintas a las señaladas.

Artículo 123. El contratista deberá proporcionar a la Dirección General, a la inspección fiscal y a la Dirección del Trabajo, los datos que estos le soliciten... El contratista que no entregare oportunamente estos antecedentes incurrirá en una multa de 1 unidad tributaria mensual por cada día de atraso, a menos que las bases de licitación indiquen algo diferente. La aplicación de esta multa se hará administrativamente y se descontará de los estados de pago de obra, y en subsidio de las retenciones o garantías del contrato.

Artículo 135. Los montos de las multas que se establecen en el presente reglamento podrán ser modificados en las bases de licitación, de acuerdo con la magnitud de la obra, su duración, grado de urgencia e importancia, u otros motivos que se consideren de importancia y que ameriten dicha modificación. En todo caso, la multa total por atraso en la terminación de las obras no podrá exceder del 15 % del valor del contrato, como se señala en el artículo 163. Respecto a eventuales multas por incumplimientos técnicos, ellas quedarán claramente establecidas en las bases...

Artículo 143. ... El contratista deberá entregar mensualmente al inspector fiscal una nómina de los trabajadores que estén en actividad en las diversas faenas, incluyendo los trabajadores de subcontratistas, dentro de los cinco días siguientes al mes que se informa. Por cada día de atraso se aplicará una multa de 1 UTM

Artículo 157. ... El simple retardo en la devolución del anticipo quedará afecto a una multa diaria del 1 %, sobre la cantidad adeudada, debidamente reajustada conforme a lo establecido en el artículo 108 de este reglamento, quedando la autoridad facultada para hacer efectiva la garantía que lo caucione.

Artículo 163. Si el contratista no entrega la obra totalmente terminada dentro del plazo contractual, incluyendo las eventuales ampliaciones de plazo concedidas, pagará una multa diaria igual a la razón «K x P / d», en que «K» es un factor a ser definido en las bases o, ante el silencio de las mismas, tendrá un valor de 0,50; «P» es el monto de las obras contratadas, incluyendo ampliaciones y disminuciones del monto del contrato si las hubiere, actualizado a la fecha de pago de la multa, de acuerdo al sistema de reajuste contemplado en las bases administrativas; y «d» es el número establecido de días corridos de duración del contrato, incluyendo eventuales aumentos de plazo concedidos... La multa total no podrá exceder del 15 % del valor del contrato en los términos definidos en el inciso primero de este artículo...

4. Análisis de jurisprudencia

4.1. Algunos criterios de la Contraloría General de la República

4.1.1. Dictamen N° 65.248, de 2011

Resumen: se reclama por una empresa en contra de la Dirección de Logística de Carabineros de Chile, argumentando que el cobro de la garantía de fiel cumplimiento de contrato y de la multa, a consecuencia del término anticipado del contrato, se traduce en una doble sanción no contemplada en la ley ni en los acuerdos suscritos.

Dictamina: en cuanto a las multas consultadas, cabe precisar que el fundamento que las origina es un incumplimiento contractual y no una infracción administrativa, por lo que no revisten la naturaleza de una sanción. Más bien, se trata de una consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el contrato, que no implican el ejercicio del *ius puniendi* o potestad sancionatoria del Estado.

Este dictamen señala que las multas prescritas en las bases de licitación o en el contrato no provienen de la ley, sino que se trata de una consecuencia jurídica. Esto reafirma la tesis privatista que sostiene que la naturaleza jurídica de las multas es cláusula penal, argumentándose que el contratista que concurre a una licitación pública lo hace de manera libre, consintiendo en el contenido de las bases de licitación que regularon una propuesta pública, y que tiene como consecuencia extender las reglas de prescripción del Código Civil.

Es decir, el criterio utilizado por el órgano de control sostiene que la multa no sería una manifestación de la potestad sancionadora del Estado, ya que el origen y la fuente no proviene de la ley, sino que se trata de un anticipo convencional de perjuicios al que el contratista accede libremente y al que se encuentra sometido a raíz de un incumplimiento contractual. Este criterio se encuentra contenido en los dictámenes N°s. 26.632, de 1997, y 12.541, de 2010.

4.1.2. Dictamen N° 8.241, de 2020

Resumen: Carabineros de Chile solicita la reconsideración del dictamen N° 18.666, de 2019, en el cual se determinó que aquella institución debía recalcular la multa aplicada a una empresa de comunicaciones en el marco de un contrato de prestación de servicios.

Dictamina: las sanciones son de derecho estricto, sin que corresponda darles otros alcances ni aplicarlas de modo diferente a lo especificado en la norma

que las establece, por lo que la imposición de las multas contractuales de que se trata debió regirse por lo previsto al respecto en las bases administrativas y en el contrato.

Como se puede apreciar, la Contraloría reafirma el criterio de que las multas contractuales son cláusulas penales, ordenándole a la Administración que las aplique, por cuanto su fuente está prevista en el pliego de condiciones y en el contrato, con la finalidad de asegurar la ejecución de este último.

4.1.3. Dictamen E278510, de 2022

Resumen: la Pontificia Universidad Católica de Chile solicita al contralor dejar sin efecto una multa por incumplimiento en un contrato de asesoría técnica, a raíz de haber perdido 12 grabaciones de clases, correspondiente al proceso de evaluación del desempeño profesional docente de los años 2017 y 2018, argumentando que la sanción impuesta sería extemporánea.

Dictamina: sobre la eventual extemporaneidad en la aplicación de la multa en cuestión por haberse vencido el plazo del contrato, procede hacer presente que dicha medida tiene su origen en el incumplimiento de obligaciones contractuales, resultando aplicable a su respecto el plazo de prescripción de cinco años que contempla el artículo 2.515 del Código Civil.

En este dictamen se reconoce de manera expresa que el plazo de prescripción es aquel contenido en el Código Civil, debido a que la naturaleza jurídica de la multa es una cláusula penal, que se somete a las normas y plazos del derecho civil por considerarse que el contratista ha concurrido aceptando de manera libre las cláusulas del pliego de condiciones.

4.2. Algunos criterios de la Tercera Sala de la Corte Suprema:

4.2.1. Rol N° 38.856, de 2017, «Mellafe y Salas S.A. con Fisco de Chile»

Resuelve: en consecuencia, la ley N° 19.886 contiene una regla clara de supletoriedad, que envía al intérprete, primero al derecho público y, en su defecto, al derecho privado, de modo que no se configura ninguno de los yerros denunciados conforme a lo dicho y a lo que se explica a continuación. En efecto, el artículo 4° del Código Civil contiene una norma de preferencia de otros cuerpos legales por sobre aquel, en el supuesto de que ambas regulaciones se refieran a la misma materia, en forma diferente u opuesta, y que no exista una regla que permita descartar alguna de ellas expresamente. De no ser así, la regla de la preferencia no tiene razón ni sentido alguno. En el caso de autos, no estamos frente a ese supuesto, por cuanto el artículo 1° de la ley N° 19.886 reenvía al intérprete, en defecto o ausencia de norma en esa ley especial, así como en el derecho público, a las normas del derecho privado, lo cual desde ya descarta o

elimina la posibilidad de aplicar otras leyes como podrían ser los artículos 94 y 95 del Código Penal (considerando octavo).

Esta sentencia señala que las multas son un mecanismo de anticipación convencional de los perjuicios a consecuencia de un incumplimiento contractual. Producto de esto, la jurisprudencia analizó el artículo 1° de la ley N° 19.886, que dispone la aplicación supletoria del derecho privado, específicamente al artículo 1.535 del Código Civil, en lo relativo a la regulación de la cláusula penal y de los artículos 2.497 y 2.515 del Código Civil, respecto del plazo de prescripción de las acciones ordinarias (Flores Rivas, 2021).

4.2.2. Rol N° 11.527 de, 2019, «CAS Chile S.A. de I. con Ilustre Municipalidad de La Pintana»

Resuelve: la Municipalidad... no se encuentra ejerciendo su potestad sancionadora en los términos que explicita el recurrente y que emanan de la normativa general del derecho administrativo, por el contrario, en la especie, la reclamada ejecuta una cláusula del contrato de prestación de servicios que suscribió con el recurrente... no se está frente al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, sino ante el cumplimiento de un contrato que constituye una ley para las partes (considerando noveno).

La empresa de comunicaciones interpone recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, que rechazó el reclamo de ilegalidad de la recurrente en contra de un ordinario emanado de la alcaldesa de la Municipalidad de la Pintana, en el cual se notifica una multa a la recurrente por infracciones a un contrato de arrendamiento, implementación y mantenimiento de programas computacionales para la Municipalidad de la Pintana, reconociéndose expresamente que, en el caso particular, el municipio no está ejerciendo la potestad sancionadora, sino que por el contrario, la Corte Suprema argumenta que solo se ejecutó una cláusula penal contenida en un contrato al que el particular accedió de manera libre.

4.2.3. Rol N° 4.001, de 2017 «Espacio y Jardín Ltda. con I. Municipalidad de Iquique»

Resumen: la empresa dedujo acción de resolución de contrato con indemnización de perjuicios que recae sobre el contrato de servicio de provisión, instalación y mantención de macetas ornamentales de la comuna de Iquique.

Resuelve: la aplicación de una multa impuesta por la Administración, en el marco de los contratos administrativos de la ley N° 19.886, constituye una sanción administrativa o bien una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, en tanto se trata de una reacción que el ordenamiento atribuye a un obrar que se considera ilícito en el contexto de una relación

de derecho público, cuestión por la que en definitiva se persigue reponer un equilibrio que se ve quebrantado con motivo del incumplimiento del contratista y que se materializa a través de un acto administrativo. De lo dicho, se sigue que la multa contractual se condice con la imposición de una sanción administrativa que la autoridad pública impone a un particular en cuanto se haya verificado un supuesto de infracción normativo, contractual o a las bases de licitación.

Es interesante y sorpresivo el racionamiento de Corte Suprema en esta causa, el que cambia luego en 2019 en el rol N° 11.527. En esta sentencia, se afirma que la aplicación de la multa es una manifestación del derecho administrativo sancionador, abandonando para el caso particular la tesis de que su naturaleza jurídica es una cláusula penal que se sujeta al derecho civil. Es decir, reconoce que la municipalidad se encuentra ejerciendo una potestad sancionadora y no una cláusula del contrato.

4.2.4. Rol N° 125.529, de 2020, «SEMKA T Ltda. con Ilustre Municipalidad de Santiago»

Resuelve: por otro lado, es imprescindible subrayar que no se está en presencia de una manifestación de la potestad sancionatoria administrativa, sino que el término anticipado del contrato obedece a una estipulación contractual que puede ser entendida como una verdadera cláusula penal en favor de la Administración en cuanto acreedora, figura permitida por el artículo 11 de la ley N° 19.886 y el inciso primero del artículo 79 ter de su reglamento (considerando décimo).

La empresa deduce recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de única instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que rechazó el reclamo de ilegalidad. La recurrente argumenta que no corresponde la aplicación de normas de derecho privado a la contratación pública, ya que actualmente no es posible elaborar una teoría general de los contratos administrativos.

La Corte Suprema tanto en el fallo rol N° 11.527, de 2019, como en el N° 125.529, de 2020, impone un régimen jurídico de derecho privado a las sanciones administrativas contractuales, excluyendo a las normas y principios del derecho público. La jurisprudencia reconoce que las sanciones contractuales tienen su origen en un incumplimiento de naturaleza contractual y que su regulación se encuentra entregada a las bases de licitación que regulan la propuesta pública y el contrato. Rosa Gómez González argumenta que «el establecimiento de sanciones en el contrato sería aplicación de meras cláusulas penales, esto es, una evaluación anticipada de los perjuicios» (2021: 49).

Sin perjuicio de lo anterior, la misma Corte Suprema ha expresado que la aplicación de las multas importaría el ejercicio del *ius puniendi* o potestad sancionadora del Estado.

5. Conclusiones

Antes de manifestar nuestra opinión acerca de la tesis a la que adscribimos, es relevante señalar la importancia de esta investigación, sobre todo considerando que la Administración celebra a diario contratos de bienes y servicios, y donde algunos de ellos gozan de gran relevancia por la cantidad de recursos públicos que se involucran en su transacción, que pueden tener repercusión en las políticas públicas del Estado.

Es ampliamente reconocida la prerrogativa exorbitante que tiene la Administración del Estado en materia contractual y que tiene como objetivo cumplir con la finalidad pública, facultándose para dar por terminada la relación contractual y aplicar una sanción cuando el contratista ha incurrido en incumplimiento.

La gran mayoría de los autores que han escrito acerca de la naturaleza jurídica de las multas —que no son muchos— coinciden en que determinarla contribuirá a dar certidumbre a un problema que enfrenta posiciones disímiles.

La interpretación de la Contraloría General de la República nos remite directamente a la tesis privatista, donde la relación entre la Administración y el proveedor de bienes o servicios está entregada al derecho civil. Bajo esta tesis cualquier controversia que surja entre el administrado y la Administración acerca de la proporcionalidad de la multa que se aplica debe ser conocida por los tribunales ordinarios de justicia. Esta tesis, que reconoce la aplicación del derecho civil en los contratos administrativos, señala que las multas son cláusulas penales, es decir, es una sanción civil que se aplica ante el incumplimiento del proveedor. Esto otorga mayor libertad al órgano para fijar las multas en consideración a la importancia y trascendencia que pudiera tener el contrato que se pretende celebrar.

La tesis opuesta explica que, bajo el derecho administrativo sancionador correctivo, el Estado se encuentra facultado para aplicar sanciones a los administrados por el incumplimiento de ciertas reglas jurídicas predeterminadas (Cárcamo Righetti, 2010), razón por la cual consideramos que sostener que a la Administración le asiste un poder sancionatorio de naturaleza potestativa al aplicar multas en los contratos regidos por la ley N° 19.886 no es del todo acertado, pues implica perder la libertad para poder fijar el monto de la multa.

La razón para fundamentar nuestra opinión e inclinarnos por la llamada tesis privatista radica principalmente en que la cláusula penal nos da mayor libertad para determinar las multas. Este auxilio a la norma privada no implica la instrumentalización de la cláusula penal —tal como lo señala Flores Rivas—, ni mucho menos construir un plazo de cinco años y no de seis meses de

prescripción, sino que, por el contrario, implica dotar a la Administración de mejores facultades de gestión para la ejecución del contrato¹⁰.

Los detractores de la tesis privatista señalan que uno de los riesgos a los que se ve expuesto el contratante es la desmesurada discrecionalidad que podría eventualmente tener un órgano de la Administración al momento de fijar el monto y el procedimiento de las multas en las bases de licitación. Sin embargo, olvidan que uno de los principios que inspiran y rigen a la contratación administrativa es el de la libre concurrencia de los oferentes, que tal como lo explicamos cuando expusimos los principios de la ley N° 19.886, implica la exigencia de una racionalidad debida, por lo que obliga a la Administración a establecer topes en la aplicación de las multas por así disponerse en el artículo 79 ter del decreto N° 250, de 2004. Esto significa que no está permitido fijar multas con montos exorbitantes que puedan generar un detrimento tal en el patrimonio del contratante que impidan su participación en la actividad económica.

Asimismo, sostenemos que existe un riesgo que puede impedir la libre concurrencia de los oferentes a un llamado público, si postulamos que el legislador debe regular en detalle el monto de la multa y el procedimiento de ella —como ocurre por ejemplo en el contrato de obra pública—. Autores como Graciela Lepe Uribe y Camilo Mirosevic Verdugo (2020) han argumentado que, para fomentar las compras innovadoras, se requiere replantear la exigencia de garantías de fiel cumplimiento del contrato y de aplicación de multas, toda vez que las empresas que se dedican al rubro de la innovación y el desarrollo son más propensas a no ofertar con el Estado, ya que sus productos suponen un riesgo al tener las características de innovadores en el mercado. En este sentido, si estas compras son susceptibles de multas —por los montos asociados— debe procurarse que las multas estén sujetas a topes que no las tornen excesivamente gravosas ante un incumplimiento.

Finalmente, es importante señalar que la aplicación de las normas del derecho Civil a la contratación administrativa no supone una conveniencia funcional, sino a una falta de regulación más específica que debiera obligar al legislador a estudiar la institución de las multas y regularlas con el único objetivo de despejar cualquier duda al respecto.

10 Sobre este punto es importante puntualizar que la Contraloría General de la República hace aplicables las normas del derecho civil y no las del derecho penal. En efecto, señala que:

aun cuando el derecho penal y el derecho administrativo sancionador tienen elementos comunes, no es posible soslayar que regulan ámbitos sustancialmente diferentes, teniendo particularidades y características propias que reclaman repensar la aplicación que, por defecto, se ha dado a las normas y principios del primero al ámbito en análisis... no resulta necesario acudir a las reglas de la primera —derecho penal— para asegurar derechos a los particulares, puesto que a esa labor se avoca también el derecho administrativo, particularmente a través de la regulación del acto y el procedimiento administrativo (dictamen N° 24.731, 2019).

En consecuencia, en este dictamen la Contraloría deja a un lado la aplicación de las normas y principios del derecho penal al ejercicio de la potestad sancionadora, estableciendo que debe recurrirse al derecho común cuando existan materias que no se regulen por el derecho administrativo, es decir, al derecho civil.

Referencias

- **Abarca Muñoz, K. (2013).** Los principios de no formalización y estricta sujeción a las bases, en los procedimientos de contratación pública. En G. Bocksang y J. L. Lara Arroyo (coordinadores), *Procedimiento administrativo y contratación pública*, 293-294. Thomson Reuters.
- **Arancibia Mattar, J. (2019).** Naturaleza y justicia de los contratos administrativos. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (30), 27-53. <https://doi.org/10.7764/redae.30.3>
- **Barra Gallardo, N. & Celis Danzinger, G. (2018).** *Contratación administrativa bajo la ley de compras* (5ª edición). Legal Publishing Chile.
- **Bermúdez Soto, J. (1998).** Elementos para definir las sanciones administrativas. *Revista Chilena de Derecho* (especial), 323-334. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650036>
- **Bermúdez Soto, J. (2010).** *Derecho administrativo general* (1ª edición). Legal Publishing Chile.
- **Bermúdez Soto, J. (2014).** *Derecho administrativo general* (3ª edición). Legal Publishing Chile.
- **Cárcamo Righetti, A. (2010).** La constitucionalidad y la necesidad del derecho administrativo sancionador correctivo en el complejo escenario económico moderno. *Gaceta Jurídica*, (363), 7-18.
- **Celis Danzinger, G. (2018).** *Contratación administrativa bajo la ley de compras* (5ª edición). El Jurista.
- **Celis Danzinger, G. (2019).** *Los contratos administrativos* (2ª edición). El Jurista.
- **Cordero Vega, L. (2015).** *Lecciones de derecho administrativo* (2ª edición). Thomson Reuters.
- **Díaz Bravo, E. & Rodríguez Letelier, A. (2016).** *Contratos administrativos en Chile, principios y bases* (1ª edición). Ediciones Universidad Santo Tomás.
- **Dromi, J. R. (2009).** *Derecho administrativo* (12ª edición). Editorial Ciudad Argentina.
- **Flores Rivas, J. C. (2016).** Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa. En J. Bermúdez Soto (editor), *Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo*, 47-78. Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV.

- **Flores Rivas, J. C. (2017).** La caducidad de los actos administrativos. *Revista Derecho*, 30 (2), 225-249. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200010>
- **Flores Rivas, J. C. (2021).** *Aspectos críticos de la contratación administrativa* (1ª edición). Legal Publishing Chile.
- **Gómez González, R. F. (2021).** Aspectos críticos del régimen sancionatorio de los contratos administrativos. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, (249), 47-85. <https://doi.org/10.29393/RD249-2ACRG10002>
- **Lara Arroyo, J. L. & García-Huidobro Herrera, L. E. (2014).** Naturaleza jurídica y proporcionalidad de las multas en la contratación administrativa bajo la ley N° 19.886. En J. Arancibia Mattar y P. Alarcón Jaña (coordinadores), *Sanciones administrativas, X Jornada de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo*. Editorial Legal Publishing.
- **Lepe Uribe, G. & Mirosevic Verdugo, C. (2020).** Contratación pública como instrumento de fomento de la innovación. En E. Díaz Bravo y J. A. Moreno Molina (directores), *Contratación pública global: visiones comparadas*, 411-452. Editorial Tirant Lo Blanch.
- **Lledó Veloso, C. & Pardo Donoso, J. (2015).** Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública. *Revista de Derecho Público*, (82), 53-77. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i82.37283>
- **Moraga Klenner, C. (2007).** *Contratación administrativa* (1ª edición). Editorial Jurídica de Chile.
- **Moraga Klenner, C. (2019).** *Contratación administrativa* (2ª edición). Thomson Reuters.
- **Orrego Acuña, J. A., (2022).** *Efecto de las obligaciones*. <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-las-obligaciones/>
- **Raigorodsky, N. (2007).** *El estado de las contrataciones: mapa de condiciones de transparencia y accesibilidad en las adquisiciones públicas* (1ª edición). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Oficina Anticorrupción; Embajada Británica, UNDP.
- **Silva Cimma, E. (1995).** *Derecho administrativo chileno y comparado, actos, contratos y bienes* (2ª edición). Editorial Jurídica de Chile.

Normativa

- **Ley N° 19.880**, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial de la República de Chile, 29 de mayo de 2003. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676>
- **Ley N° 19.886**, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial de la República de Chile, 30 de julio de 2003. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=213004>
- **Ministerio de Hacienda (2004)**. Decreto con fuerza de ley N° 250, de 2004, aprueba reglamento de la ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial de la República de Chile, 24 de septiembre de 2004. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=230608>
- **Ministerio de Justicia (2000)**. Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley N° 4.808, sobre registro civil, de la ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N° 16.618, Ley de Menores, de la ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial de la República de Chile, 30 de mayo de 2000. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>
- **Ministerio de Obras Públicas (2004)**. Decreto N° 75, de 2004, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=233103&f=2022-12-24>
- **Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2001)**. Decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial de la República de Chile, 17 de noviembre de 2001. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=191865>
- **Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005)**. Decreto N° 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

Jurisprudencia

Corte Suprema. Sentencias roles:

- N° 1.126 (2015), «*Sociedad de Proyectos y Servicios de Ingeniería Limitada con Gobierno Regional de Tarapacá*».
- N° 4.001 (2017), «*Espacio y Jardín Ltda. con I. Municipalidad de Iquique*».
- N° 38.856 (2017), «*Mellafe y Salas S.A. con Fisco de Chile*».
- N° 11.527 (2019), «*CAS Chile S.A. de I. con Ilustre Municipalidad de La Pintana*».
- N° 125.529 (2020), «*SEMKAT Ltda. con Ilustre Municipalidad de Santiago*».

Tribunal de Contratación Pública. Sentencia rol:

- N° 92 (2011), «*Constructora Segal Ltda. con Dirección Regional de Vialidad de la región de la Araucanía*». DCG N° 03/2010 Conservación global de caminos de la provincia de Cautín, sector cordillera, comunas de Villarrica, Pucón y Curarrehue, etapa VII, región de la Araucanía.

Contraloría General de la República. Dictámenes:

- N° 14.133 (2002).
- N° 65.248 (2011).
- N° 72.362 (2014).
- N° 72.044 (2016).
- N° 24.731 (2019).
- N° 8.241 (2020).
- N° 91 (2021).
- N° E278510 (2022).